INCORPORACIÓN DEL TÍTULO AMBIENTAL AL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

APORTES DEL
MINISTERIO DE AMBIENTE Y
DESARROLLO SUSTENTABLE DE
LA NACIÓN

INFORME

Ministerio de Ambiente
y Desarrollo Sustentable
Presidencia de la Nación

Contenido

1 Antecedentes. 5

2 Metodología. 7

3 Listado de participantes. 9

4 Consensos alcanzados en las jornadas. 11

5 Aportes del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. 17

Informe realizado por: Doctor José Alberto Esain, consultor.

Antecedentes

El Código Penal de la República Argentina, vigente desde 1921, no regula de manera clara y concreta los delitos contra el ambiente. Existe una gran dispersión en materia sancionatoria. Las sanciones administrativas han demostrado no ser suficientes para el total cumplimiento de la legislación ambiental. A nivel regional, en cambio, gran parte de los países han incluido los delitos ambientales en sus códigos penales.

Por decreto N.° 103/2017, se creó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Comisión para la reforma del Código Penal de la Nación, que tendrá a su cargo la presentación al Poder Ejecutivo Nacional de un anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del mencionado código, que concentre toda la legislación penal en un único cuerpo normativo.

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable está trabajando junto con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el marco de la comisión creada y del programa Justicia 2020, a fin de realizar los aportes de su competencia en la materia e incluir, en el marco del proceso de reforma integral del Código Penal, un nuevo título: delitos contra el ambiente y la gestión ambiental.

Resulta importante en esta instancia de reforma, la inclusión de un título vinculado a tipos relacionados con el ambiente, es decir, el abordaje de un espacio que se funde en el derecho ambiental penal.

Es necesario entonces definir un proceso de tipificación, con criterios unificados y posturas consensuadas sobre qué rol debe cumplir el derecho penal en la protección del ambiente.

01

Metodología

En el mes de diciembre de 2017, se realizaron dos jornadas de debate donde se abordaron los puntos generales del título ambiental a adoptarse y se aportaron insumos dogmáticos para hacer más efectiva su futura redacción.

Participaron reconocidos académicos en materia de derecho penal ambiental, organizaciones de la sociedad civil con trayectoria en temas jurídicos e instituciones públicas con funciones de aplicación del derecho penal ambiental, como la Secretaría de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y fiscales con competencia.

En el transcurso de los encuentros se trabajó en la elaboración de criterios sobre máxima y mínima intervención del derecho penal; roles y "velocidades" del derecho penal en materia ambiental, el principio de legalidad, la dependencia con el derecho administrativo y la ley penal en blanco.

También se propuso considerar los delitos de peligro y contemplar la discusión sobre "peligro abstracto o concreto", repasar bienes jurídicos protegidos por las normas vigentes, así como temas vinculados al advenimiento de tipos relacionados con el bien jurídico ambiente, las omisiones de las que adolece nuestra estructura y la relación del bien jurídico salud pública y ambiente.

Estos temas repercutirán en la forma que se utilice para la tipificación, a cargo de la Comisión de Reforma del Ministerio de Justicia.

02

Listado de participantes

Rabino Sergio Bergman, ministro de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Diego Moreno, secretario de Política Ambiental, Cambio Climático y Desarrollo Sustentable; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Juan José Benitez, subsecretario de Política Criminal; Ministerio de Justicia de la Nación.

José Alberto Esain; coordinador a cargo del proyecto.

Néstor Cafferatta, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Silvana Terzi, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Magali Mazzuca, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Mario Gustavo Costa, Abogado, ex juez.

María Eugenia Di Paola, Coordinadora del Programa de Ambiente y Desarrollo Sostenible - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Silvia Nonna, Doctora en Leyes de la Universidad de Buenos Aires. Abogada y Abogada Especialista en Recursos Naturales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Leila Devia, Abogada, especialista en régimen jurídico de los recursos naturales de la UBA, doctora en ciencias jurídicas del Universidad del Salvador, estudios de posdoctorado en la UBA docente de grado y posgrado de Derecho Ambiental de la UBA.

03

Horacio Paya, Abogado especialista en Derecho Ambiental.

Dolores Duverges, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Andrés Napoli, Fundación Ambiente y Recursos Naturales.

Guillermo Marchesi, Fundación Expoterra.

Matías Michienzi; Fiscalía Contravencional penal y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Patricia Llerena; Miembro de la Comisión de Reforma, especialista en derecho penal.

Carlos Mauricio Gonzalez Guerra; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Carlos Merenson; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Gustavo Serafini; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Mariela Chervin; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación)

María José Tamagno; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Santiago D´Alessio; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Juan Trebino; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Leonardo Pfluger; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Claudia Orona; División Delitos Ambientales de la Policía Federal.

Julio Horacio Dalmau Tarrago; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Andrea Brusco; Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

Santiago Cané; Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).

Juan Sebastián Lloret Ramos; Procuración General del Ministerio Público de Salta.

Carolina Altieri; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Luz María Julián; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación).

Consensos alcanzados en las jornadas

En las Jornadas se alcanzaron los consensos que a continuación se enumeran. Los aportes divergentes de Juan Sebastián Lloret, aparecen destacados.

1) El rol del derecho penal en materia de protección del ambiente: derecho penal de máxima y de mínima intervención.

Consensos alcanzados:

- El derecho penal tiene un rol en el ordenamiento jurídico ambiental.
- La intervención del derecho penal debe ser de última ratio, mínima pero eficaz.
- El derecho penal ambiental debe articularse con el resto de la normativa ambiental y con las propias normas del Código Penal. En ese sentido, se señaló que existe un déficit normativo en relación con las normas tutelares administrativas.
- Se planteó la necesidad de proveer de criterios al Poder Judicial en un capítulo donde los tipos tengan una vinculación estrecha con aspectos técnicos.

2) Bien jurídico protegido

Consensos alcanzados:

- Se sugiere la creación de figuras autónomas, que articulen con los demás delitos que se encuentran en el Código. Existen figuras que pueden ser reguladas para delitos contra el ambiente en sí mismo (ese bien jurídico debe tener un tipo penal claro, simple, configurable). Además, se considera que debe existir articulación entre los

04

diferentes delitos, históricamente vinculados, como la salud y la seguridad pública, por ejemplo.

- Un mecanismo eficaz para abordar el bien jurídico protegido consistiría en llegar al mismo mediante la afectación y la identificación de su relevancia. Trabajar sobre la afectación de un bien evita incursionar en discusiones doctrinarias sobre el alcance del bien jurídico. Ahí cobra relevancia la definición técnica. Para ello es necesario relevar el daño y fijar criterios que orienten al juez penal.

3) Principio de legalidad y ley penal en blanco

Consensos alcanzados:

- Se admite la ley penal en blanco, siempre respetando los criterios fijados por la CSJN. En tal sentido, las normas de remisión pueden integrarse a una norma de carácter material dictada por un órgano administrativo que actúen en el marco de su competencia.
- Respecto al rol de los convenios internacionales (de contenido ambiental); en este punto, se admitiría asimismo la remisión a estas normas de carácter formal ratificatorias del convenio.
- Se señaló la necesidad (de cara a la armonización del sistema interno en relación al internacional aprobado) de tipificar determinados delitos ya consolidados en el plano internacional.
- Las remisiones pueden ser tanto a una norma dictada por autoridad nacional como por autoridades locales.
- Las remisiones deberían realizarse hacia normas administrativas de carácter general y no hacia una norma individual.

Aporte del doctor Lloret, fiscal de Salta

Se sugiere que la remisión sea calificada, por la materia y por el procedimiento ("norma técnica ambiental", por ejemplo). La misma puede involucrar ordenamientos nacionales, provinciales y municipales.

4) Tipificación de conductas de peligro abstracto o concreto

Consensos alcanzados:

- Los delitos de peligro abstracto no resultan adecuados para esta materia y, en muchos casos, podrían colisionar con normas administrativas. Adoptar delitos de peligro abstracto podría penar conductas que merecen sanción administrativa que podría generar confusión.
- El principio de lesividad debe estar presente. Existe consenso en la necesidad de contar con delitos de peligro concreto.
- Deberán contemplarse las figuras de "delitos de peligro hipotético" (o peligro abstracto/concreto).
- El derecho penal no resulta idóneo para la protección de daños futuros.

5) Tipo de sanciones

Consensos alcanzados:

- A las penas tradicionales (prisión, multa e inhabilitación) deberían adicionarse penas alternativas, como trabajos de utilidad pública, contribuciones al saneamiento ambiental, etc. Pueden evaluarse también penas accesorias.
- Es necesario ampliar el abanico de opciones al juez.

Aporte Lloret

La probation (calificada) resulta ser la herramienta más adecuada para englobar un abanico de penas alternativas a las clásicas. Este instituto debe consignarse en la parte general. Allí remitirá al título ambiental bajo un mecanismo calificado. En tal sentido, y pese a ser una figura pro-

cesal, se estima que podría incorporarse al Código a fin de reforzar una figura de amplio reconocimiento que podría comprender las herramientas planteadas, tales como como:

- recomposición o restauración del ambiente dañado,
- compensación,
- daños punitivos, etc.

6) Responsabilidad de las personas jurídicas

Consensos alcanzados:

- Debe existir responsabilidad de las personas jurídicas y tipificar conductas que permitan canalizar la responsabilidad hacia los directivos u otros responsables (firmas consultoras entre otros). La caracterización de las personas físicas responsables debe ser lo más precisa, posible y acotada a la medida de su intervención.
- El sistema actual, plasmado en la Ley de Residuos Peligrosos N.° 24051, no es idóneo para llegar a los directivos jerárquicos de las personas jurídicas. La cláusula del artículo 57 exige la *decisión* de la persona, lo cual resulta de difícil configuración. Se sugiere la incorporación de la cláusula de "equivalencia de comisión por omisión" en la parte general, pues solucionaría problemas de inconstitucionalidad.
- Se menciona como destacable por parte de la Comisión de reforma, la inclusión de la figura del *compliance officer* considerada por la misma.

Aporte Lloret

- Se planteó la necesidad de contar con algún tipo de norma que trate la relación entre la responsabilidad civil, administrativa y penal, sobre todo en el ámbito cautelar, y de medidas asegurativas. Debiera favorecerse el trámite de prevención y recomposición ambiental colectiva en sede penal.
- En caso de trámites independientes, debiera consagrarse un principio de comunicabilidad obligatoria en el trámite de los procesos, con la finalidad de garantizar el interés general ambiental (CN 41 y LGA 29).

7) Delitos vinculados a la contaminación

Consensos alcanzados:

- Debe existir un título específico referido a la "contaminación". Se considera que no debería concentrarse en un título la terminología de "residuo o residuo peligroso", siendo que estos se integrarían al título de contaminación. Existe consenso que debe salirse de la tipificación actual contenida en la Ley N.° 24051.
- Respecto a la caracterización, debe existir una enunciación pero no necesariamente exhaustiva. La enumeración es importante.
- Respecto a las pautas para la configuración del tipo deben considerarse criterios vinculados a la gravedad. En el ámbito de la responsabilidad civil se usa el concepto de relevancia (art. 29 LGA) a fin de orientar la ponderación judicial y casuística.
- Tener en cuenta la "culpa", "dolo eventual" y "tentativa", especialmente en esta materia.
- Ilicitud: ¿debe ser presupuesto ineludible para que se configure el tipo? Existen dos posiciones:
  - La mayoritaria, que considera necesaria su mención como presupuesto, y otra que considera que no es necesario remarcar la ilicitud.
  - La segunda postura entiende que la ilicitud condiciona excesivamente los tipos.
- Se remarcó la necesidad de tener presente la derogación expresa de normas penales existentes en leyes especiales.
- Se sugiere que en las figuras tipi-

ficadas se planteen los agravantes: contaminación con residuos peligrosos, lesión gravísima o muerte, incidencia en áreas protegidas, etc. Se citó como referencia los agravantes del art. 204, apartado 3 del anteproyecto 2012/2014.

Pedir a la Comisión que tenga presente las líneas de acción de los convenios internacionales en curso.

8) Tipos relacionados al patrimonio cultural

Consensos alcanzados:

- La Ley N.° 25743 es calificada como una ley adecuada para regular la materia, en sus artículos 40 a 46.
- Debería ponderarse, con mayor énfasis, los hechos lesivos a la defensa del patrimonio cultural en general, independientemente del tráfico y comercialización ilícitos. Se entiende que debe darse relevancia a las situaciones de tráfico local o infracciones *in situ* y no solo a las que son objeto de extracción. (Artículos. 183 y 184 inc. 5 del Código Penal).
- Se plantea que el bien jurídico afectado podría disparar también la jurisdicción ordinaria. Allí existe el inconveniente que, a nivel local, solo se aplican regímenes sancionatorios de baja incidencia.
- Debe tenerse presente aquellos casos referidos a la valuación de objetos que no pueden estar en el comercio y son absorbidos, mayoritariamente, por figuras aduaneras que los valoran inadecuadamente.

9) Tipos vinculados a la biodiversidad

Consensos alcanzados:

- Debe haber un apartado específico sobre "delitos contra la biodiversidad".
- Se considera pertinente la inclusión de una norma referida a la protección del suelo y otra norma a referida a la protección del agua.

Fauna

Existe consenso respecto de la redacción del art. 206 del anteproyecto 2012/14. Sin perjuicio de ello, se plantearon los siguientes lineamientos:

- Establecer el concepto "pesca" en términos administrativos, la definición de la Ley N.° 22.421 de fauna es correcta para "caza".
- Respecto a la norma que proteja la fauna se establece que se va a fijar una categorización siguiendo la del art. 206 del proyecto 2012/2014: animales de fauna silvestre en período de veda, especies protegidas, lugares protegidos, áreas protegidas, medios prohibidos por ley o naturaleza dañosa, introducción de especies.
- Deberá pensarse en tipos relacionados con alteración genética, tráfico genético, propiedad intelectual, larvas, etc. Será importante considerar el Protocolo de Nagoya. Organismos genéticamente modificados o recursos genéticos.
- Respecto de la veda, no se considera en sí misma como suficiente para configurar el tipo penal y debería configurarse daño de cierta gravedad o relevancia. La figura penal sí cabe cuando se amenacen poblaciones, etc, en período de veda.
- Respecto de las especies protegidas, cabe la remisión a normativa que las categoriza. En relación con el tráfico ilícito, sería adecuado la remisión a CITES de especies protegidas. Dicha remisión debería ser expresa para los casos de especies declaradas "monumentos naturales" estén o no en áreas protegidas.
- En cuanto a los agravantes, se plantearon diferentes supuestos:
    - dar muerte;

o organizaciones criminales que se dedican a la caza y al comercio de especies con una estructura organizada;

o caza o pesca con medios, métodos o instrumentos prohibidos, que causen estrago o naturaleza dañosa;

o profesionales vinculados a la materia como actividad habitual;

- Debe penarse la introducción o liberación de especies exóticas alóctonas (especies que no son del lugar) con potencial invasor.

- Los recursos genéticos y organismos genéticamente modificados (OGM) deben contar con protección del derecho penal. Aquí también se señaló el problema de la valuación.

Es necesario generar pautas de valuación para evitar que sea Aduana sea quien valore.

Flora

Consensos alcanzados:

- Debe existir un enfoque ecosistémico. Se considera adecuado tratar la materia flora (fuera de los bosques) de manera similar al tema fauna.

- En materia de bosques, se sugiere que la redacción de un tipo penal contenga la figura de "DESMONTE" de los bosques nativos.

- En relación con especies protegidas se recepta la posibilidad de incluir el término "tala" o "apeo".

- Se coincide en que el daño a humedales y la quema de pastizales sin permiso e intencional resultan pasibles de tipificación penal.

- La introducción de especies exóticas o liberación no autorizada (se cita el modelo mexicano), debería tener presente las figuras de "culpa" o "negligencia grave" (ídem fauna).

Aporte Lloret:
En este punto, se destaca que Lloret, a diferencia de los consensos alcanzados en las jornadas, plantea un grado de intervención mayor por parte de las figuras penales.

Una forma de estructuración general de los tipos puede articularse conteniendo en un primer punto la acción típica, básica y general de, por ejemplo, cazar, pescar, aprovechar, transportar.

A esto se suma la calificación "sin autorización" "sin los permisos" "sin la certificación", "sin la habilitación", etc., correspondiente; como una forma de calificar la intervención administrativa previa.

Luego, los agravantes por ej. en época de veda en áreas protegidas, especies protegidas, en cantidades que impidan la regeneración natural, adulterando instrumentos públicos, muerte, lesiones graves, provocando desplazamientos poblacionales, etc., se configurarían independientemente de si cuentan o no con autorización, habilitación, etc.

El motivo es el régimen jurídico que posee la fauna silvestre, en el que es prohibida la caza o pesca, que solo se releva mediante habilitación (conforme art. 1 Ley N.° 22421).

Tener presente los casos de exención (pesca de subsistencia por ejemplo). Considerar una eventual regulación la teoría de la insignificancia, como eximente, y también como criterio de corte entre el ámbito administrativo y el penal. Se recomienda verificar los tipos de la Directiva 2008-99 CE.

Las figuras de incendio y estrago doloso contenidas en los delitos contra la seguridad pública deberán tener en cuenta específicamente el daño a los bosques.

10) Protección de los animales contra actos de crueldad

Consensos alcanzados:

- Se considera adecuado el artículo 207 del anteproyecto del 2014 con una salvedad. El inciso i) merece incorporar el término "sin autorización"

previsto en el inc. J) del artículo 306 del proyecto del Frente Renovador.

- Se considera importante plantear en la exposición de motivos del proyecto, el límite ético del uso de animales.

11) Delitos contra la administración pública

- Existe consenso en que debe penarse al funcionario que otorgue licencias ilegales a sabiendas.

- Se plantean aspectos vinculados al control y fiscalización, estimando que deberían tener un alcance muy acotado.

En ese caso se sugiere aclarar que ser "con competencia directa de fiscalización" y bajo las conductas que contemplen un conocimiento deliberado, ocultamiento u omisión consciente.

12) Delitos contra la seguridad pública

Consenso alcanzado:

Resulta importante prestar atención a la regulación de las figuras relacionadas a la seguridad pública, ya que en varias de ellas aparecen aspectos vinculados a la protección del ambiente.

En este sentido, se sugiere que se incluya como agravantes a las figuras de ese capítulo, aquellas acciones realizadas en áreas protegidas, sobre bosques nativos, sobre humedales, ante usurpación de aguas, etc.

Aportes del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación

Al margen de los temas abordados y consensuados en las jornadas de debate, es importante destacar algunos aspectos que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable considera significativos para incorporar al nuevo título del Código Penal.

Estos aportes fueron trabajados por las áreas internas del Ministerio de Ambiente como "priorización inicial de conductas a tipificarse".

Ellos son:

- Capturar, transformar, acopiar, transportar o dañar ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda;
- Realizar actividades de caza, pesca o captura con un medio no permitido, de algún ejemplar de una especie de fauna silvestre, o poner en riesgo la viabilidad biológica de una población o especie silvestre;
- Realizar actividades con fines de tráfico, o captura, posesión, transporte, acopio, introducir al país o extraer del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que Argentina sea parte.
- Introducir o liberar en el medio natural, algún ejemplar de flora o fauna exótica que perjudique a un ecosistema, o que dificulte, altere o afecte las especies nativas o migratorias en los ciclos naturales de su reproducción o migración.

05

- Provocar un incendio en un bosque, selva, vegetación natural o terrenos forestales, que dañe elementos naturales, flora, fauna, los ecosistemas o al ambiente.
- Agravante: cuando las conductas descritas se realicen en o afecten un área natural protegida, o el autor o partícipe del delito realice la conducta para obtener un lucro o beneficio económico. Cuando de la comisión de estos hechos se produzcan daños a la salud o la muerte de personas.

Ministerio de Ambiente
y Desarrollo Sustentable
Presidencia de la Nación